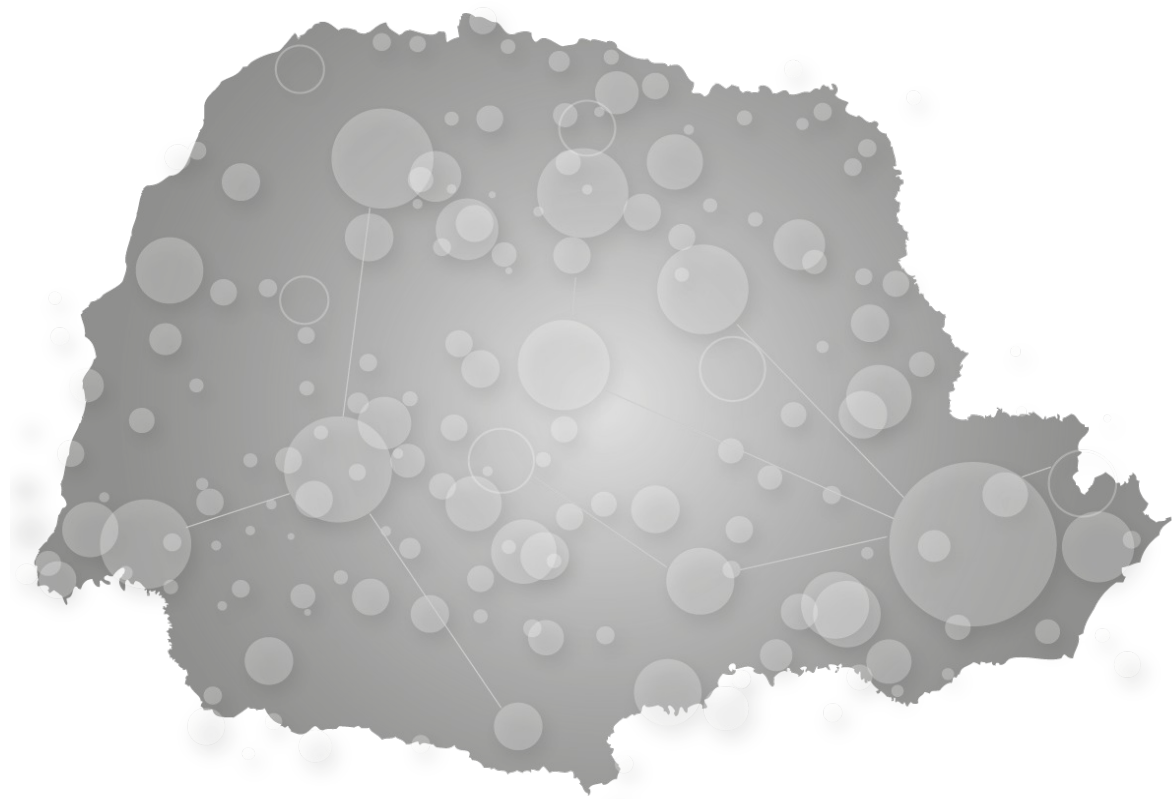


Estelionato e representação da vítima

Análise do entendimento jurisprudencial sobre a
modificação da Lei n. 13.964/2019



Curitiba

Outubro de 2020

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais



Coordenação

Cláudio Rubino Zuan Esteves | Procurador de Justiça/MPPR

Coordenação e Revisão dos Trabalhos

Alexey Choi Caruncho | Promotor de Justiça/MPPR

Ricardo Casseb Lois | Promotor de Justiça/MPPR

Apoio Técnico

Kenny Robert Lui Bettio | Assessor de Promotoria

ESTELIONATO E REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA
Análise do entendimento jurisprudencial sobre a modificação
da Lei n. 13.964/2019

1. APRESENTAÇÃO

A Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações nas legislações penais e processuais penais pátrias, trazendo impactos relevantes em diversas áreas após sua entrada em vigor.

Uma de suas alterações referiu-se à modificação da natureza da ação penal no delito de estelionato, que passou a ser, em regra, de iniciativa pública condicionada à representação da vítima. A ação penal de iniciativa pública incondicionada para tais infrações persistiu existindo apenas para os casos descritos nos incisos do § 5º do artigo 171 do Código Penal¹.

Esse novo cenário gerou imediatas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, com impactos relevantes sobretudo nos processos já em curso e até mesmo aqueles que já se encontravam sentenciados. O cerne da questão referiu-se à possibilidade da nova norma retroagir ou não.

Nesta toada é que nos pareceu oportuna a elaboração do presente trabalho, voltado principalmente à compilação do posicionamento jurisprudencial sobre a retroatividade da norma que passou a exigir a representação da vítima para o processamento do delito de estelionato. Embora algumas iniciais controvérsias tenham sido abordadas em Consultas dirigidas a esta unidade² e também tenham sido objeto de discussões no 2º Encontro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal (realizado em 14 de maio),³ desde então, o monitoramento da evolução do entendimento jurisprudencial sobre a matéria se fez necessário.

1 Art. 171.(...) § 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: I - a Administração Pública, direta ou indireta; II - criança ou adolescente; III - pessoa com deficiência mental; ou IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

2 Pesquisas 043/2020, 078/2020, 140/2020, 146/2020, 150/2020, 120/2018, 171/2020 e 172/2020.

3 Relatório disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Relatorio_-_2_encontro_GP_Direito_Penal_2020_versao_final_II.pdf

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

2. NATUREZA, CONTEÚDO E RETROATIVIDADE DA NORMA

Para definir se a nova norma estaria dotada de efeitos retroativos ou não, mostrou-se imperiosa a análise de seu conteúdo, no sentido de identificar se seria tão somente de cunho processual, ou também de caráter material.

Embora básico, este resgate é importante na medida em que, a partir dele, faz-se possível aferir a submissão do respectivo regime jurídico, conforme art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, art. 2º do Código de Processo Penal e art. 2º do Código Penal.

Até onde se alcança, há razoável consenso doutrinário⁴ e jurisprudencial⁵ de que as normas que alteram a natureza da ação penal possuem, ao menos em alguma medida, *conteúdo material*, já que criam novas condições para o próprio exercício da persecução penal e, por consequência, novas hipóteses de extinção de punibilidade ante a possibilidade de ocorrência da decadência (art. 107, IV, do CP).

Atinge-se, portanto, o que costuma ser intitulado como “*substantial rights*”, ensejando a necessidade de retroatividade quando identificado que trouxe benefício aos acusados.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ambas as Turmas já se manifestaram acolhendo a tese supracitada em casos que analisavam, exatamente, a nova legislação, conforme decisões no *Habeas Corpus* n. 573.093/SC pela 5ª Turma e no *Habeas Corpus* 583.837/SC pela Sexta Turma, não parecendo haver maiores divergências quanto a esse ponto.⁶

4 Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei n. 13.964/19. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 72; e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** [livro eletrônico]. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

5 Nesse sentido: STJ, HC 182.714/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012; e STJ, HC 37.544/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 05/11/2007; STF, Inq 1055 QO, Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996.

6 Importante destacar, no entanto, a existência de recente acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no ARE no Rext AgR 1.230.095/SP que, embora tenha utilizado redação confusa, parece ter decidido, acompanhando parecer do Ministério Público Federal, teses alternativas de que a norma em comento teria *conteúdo processual*, não sendo possível sua retroação, em atenção ao contido no art. 2º do Código de Processo Penal. De toda forma, ainda

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

3. INFORMALIDADE DA REPRESENTAÇÃO

De toda forma, ainda que se tenha assumido o pressuposto de que a norma em comento possui natureza mista – com conteúdos processual e material – e, portanto, esteja justificada sua retroatividade, isto longe estaria de levar à conclusão da necessidade de uma nova representação.

É que, neste ponto, as Cortes vêm entendendo, de forma praticamente pacífica, de que tal fato não há de ensejar, necessariamente, uma nova representação da vítima.

Com efeito, nos termos do entendimento doutrinário e jurisprudencial já de há muito consolidado, é necessário recordar que a representação figura como sendo uma *expressão da manifestação da vontade persecutória pela vítima*, prescindindo assim de qualquer tipo de formalidade.⁷

Esse aspecto faz com que, de início, a cautela a ser adotada nos processos e procedimentos em trâmite resume-se a aferir se a inicial provocação da persecução (v.g. registro de ocorrência, declaração, petição, etc.), ao seu tempo, teria partido do ofendido ou de seu representante legal. É que, em tendo assim ocorrido, torna-se despicienda a realização de qualquer providência, já que tal provocação deve ser aproveitada e entendida como *legítima manifestação de vontade de que a persecução penal fosse realizada*.⁸

seria precipitado referir há uma posição consolidada sobre o tema nesta Corte.

7 “Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação do ofendido nas ações penais públicas condicionadas prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima de autorizar a persecução criminal. O simples registro de ocorrência policial pela vítima, bem como as declarações por ela prestadas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, são suficientes para que seja deflagrada ação penal (...)” (STJ, AgRg no HC 492.764/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019) No mesmo sentido: STJ, EDcl no HC 324.595/SC; STJ, CC 150.712/SP; STJ, HC 429.840/SP.

8 Válido consignar, entretanto, a existência de decisão da 4ª Câmara Criminal do TJPR na correição parcial n. 0012776-16.2020.8.16.0000, no sentido oposto, ou seja, referindo sobre a impossibilidade de aproveitamento de ato pretérito, sendo necessária a intimação do ofendido para, querendo, oferecer nova representação no prazo de 30 dias. Até onde identificamos, contudo, trata-se de decisão isolada e não unânime.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

Nesse sentido, é a lição de Renato Brasileiro de Lima⁹:

(...) considerando que não se exige maiores formalismos quanto à representação, se porventura já constar dos autos desses processos criminais algum tipo de requerimento para a instauração de inquérito policial, é de rigor a conclusão no sentido de que já há “representação” naquele feito, porquanto evidenciado o interesse da vítima no sentido da persecução penal. Nesse caso, poder-se-á aproveitar essa representação como condição de prosseguibilidade para fins de se dar continuidade ao processo.

Não é outro o entendimento amplamente majoritário dos Tribunais que analisaram o tema até o momento¹⁰:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. PLEITO PELA INCIDÊNCIA IMEDIATA DO § 5.º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 13.964/2019. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. HC N. 583.837/SC. REPRESENTAÇÃO É ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES. VONTADE DA VÍTIMA PRESENTE NOS AUTOS. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 583.837/SC, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou entendimento pela necessidade de aplicação imediata aos processos em curso do comando normativo insculpido no § 5.º do art. 171 do Código Penal, com a redação da Lei n. 13.964/2019. **2. In casu, entretanto, não se aplica a citada compreensão, na medida em que a condição de procedibilidade - representação - pode ser depreendida do boletim de ocorrência e da portaria policial. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que a representação é ato que dispensa maiores formalidades, sendo suficiente que a vítima ou quem a represente legalmente apresente manifestação para que os fatos sejam devidamente apurados, tal como ocorre na hipótese dos autos. (...) 7. Agravo regimental desprovido.**

(STJ, AgRg no AREsp 1668091/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020) – *sem grifos no original.*

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* p. 73.

¹⁰ No mesmo sentido: STF, RHC 189.807-SC. Rel. Min. GILMAR MENDES. julgado em 19/08/2020; STJ, HC 573.093/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020; STJ, HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020; TJPR - 5ª C.Criminal - 0019666-68.2020.8.16.0000 - Londrina - Rel.: Des. Luiz Osório Moraes Panza - J. 16.08.2020; TJPR - 4ª C.Criminal - 0029625-63.2020.8.16.0000 - Umuarama - Rel.: Des. Fernando Wolff Bodziak - J. 10.08.2020.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

4. LIMITES PARA A RETROATIVIDADE DA NORMA E PRAZO PARA A REPRESENTAÇÃO

Na verdade, a questão mais controversa, atualmente, refere-se ao limite para a retroatividade da norma nos casos em que não tenha existido a manifestação prévia da vítima ou de seu representante legal, que pudesse ser interpretada como indicadora de seu interesse na persecução.

De fato, fixada a possibilidade de retroação da norma em benefício do acusado, cumpre analisar até qual momento processual a nova previsão legal poderia retroagir. Isso porque, sem embargo da previsão contida no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, a ideia de uma retroatividade plena neste caso, além de malferir a coisa julgada, poderia se mostrar pragmaticamente inviável.

Dito isso, uma *primeira corrente* defende que a retroatividade da representação no crime de estelionato *não deverá alcançar as ações penais cuja denúncia já tenha sido oferecida pelo Ministério Público*.

Isso porque, na ausência de uma norma de transição expressa - ao contrário do que ocorreu no caso dos artigos 88 e 91 da Lei n. 9.099/1995 -, seria forçoso concluir que a intenção do legislador foi de não aplicar o novo entendimento às ações penais em curso, em verdadeiro silêncio eloquente, sob pena de transformar a representação numa condição superveniente da ação.

Ademais, como a denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em momento no qual não era exigida a representação, haveria que se respeitar o *ato jurídico perfeito*, que não poderá ser alcançado pela mudança normativa. Eventual aplicação aos processos em curso, portanto, acabaria por transformar a natureza da representação de *condição de procedibilidade* para *condição de prosseguibilidade*.

Tal entendimento foi inaugurado na doutrina por Rogério Sanches Cunha¹¹ e, até onde se verificou, encampado pela Quinta Turma no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica:

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 413.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **CRIME DE ESTELIONATO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DOCTRINA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "Pacote Anticrime", alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz. 3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. **Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prossequibilidade e não procedibilidade.** Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413. 4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido. (...) 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 573.093/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020)¹² – *sem grifos no original***

Nada obstante, há *corrente doutrinária e jurisprudencial que entende de modo diverso*, no sentido de que a inexistência de previsão expressa para a aplicação da novel legislação não prejudicaria a retroatividade benéfica da norma aos feitos em curso.

Nos servimos aqui de excerto de Renato Brasileiro de Lima:

Com a devida vênia, queremos crer que o fato de o processo penal já estar em andamento não é empecilho algum à incidência desse novo regramento. (...) O fato de a Lei n. 13.964/2019 não trazer dispositivo expresso acerca do assunto, como o fez, por exemplo, a Lei n. 9.099/95 (art. 91), não pode servir como impedimento para a incidência do novo regramento. Afinal,

¹² No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1872308/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 21/09/2020; STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1681153/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020; STJ, AgRg na PET no AREsp 1649986/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

como o direito de representação está profundamente vinculado ao direito de punir, uma vez que seu não exercício acarreta a decadência, que é causa de extinção da punibilidade, e como tudo que impeça ou dificulte o *ius puniendi* se insere no âmbito da lei penal, há que se aplicar a regra constitucional do Direito Penal intertemporal, segundo a qual a lei penal não retroagirá, *salvo para beneficiar o réu* (CF, art. 5º, XL, c.c art. 2º, parágrafo único, do CP).¹³

Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 90 da Lei n. 9.099/1995, que buscava limitar a retroatividade das previsões contidas naquela Lei aos processos cuja instrução não tivesse sido iniciada, para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos acusados:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.

(STF, ADI 1719, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007) – *sem grifos no original*

Nessa linha de ideias foi que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que a norma em comento *deverá retroagir em benefício dos acusados mesmo nos processos em curso*, afastando o entendimento encampado pela Quinta Turma, conforme excerto do voto do Ministro Sebastião Reis Júnior no HC n. 583.837/SC:

O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 73.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

Mesmo esta interpretação, porém, fixou como *limite para a retroatividade da norma o trânsito em julgado da ação penal*¹⁴, nos termos do mesmo voto:

Há, no meu sentir, um claro limite à retroatividade do dispositivo: o trânsito em julgado da ação penal. A partir desse momento processual não há falar mais em exercício do direito de ação, que se esgota com o pronunciamento definitivo sobre o mérito da ação; instaura-se a pretensão executória, no qual o direito de punir já é juridicamente certo, não havendo espaço para discussão sobre a natureza da ação penal do título.

O direito de executar a pena, saliente-se, não se submete a tais condicionantes, tampouco pode ser exercido de forma privada, cabendo apenas ao Estado exercê-lo, sem influência da vontade privada.

Considerado tal limite, entendo que a retroação da norma em questão (§ 5º do art. 171 do CP), alcança todos os processos em curso, sem trânsito em julgado. Tal retroação não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal.

A fim de melhor ilustrar a posição adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cita-se a ementa completa do julgado que, até o momento, serve de paradigma:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA. 1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva. 2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa. 3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu. 4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia. 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e

¹⁴ Igual conclusão foi extraída no 2º Encontro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal, conforme relatório disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Relatorio_-_2_encontro_GP_Direito_Penal_2020_versao_final_II.pdf

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão. 6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.

(STJ, HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020)¹⁵

Como se vê por este entendimento, diante da ausência legislativa de uma regra de transição, a Sexta Turma optou pela aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 para que, *quando não verificada qualquer manifestação que possa ser entendida como representação*, seja determinada a intimação do ofendido ou do seu representante legal para oferecer representação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência¹⁶.

Muito embora este posicionamento tenha fixado, inclusive, um *prazo para a nova representação*, seria precipitado concluir que esta é uma “posição consolidada” daquela Corte. É que não se pode ignorar a existência de uma *regra geral* de seis meses (prevista no art. 38 do CPP) que, em tese, tornaria inaplicável o uso analógico da regra que prevê o prazo de trinta dias do art. 91 da Lei n. 9.099/95, tal qual interpretado pela Sexta Turma. Tanto é assim que, no âmbito da Quinta Turma do mesmo STJ, este é um tema que ainda não foi objeto de apreciação.

Por fim, merece alguma reflexão a questão relacionada à *recusa da vítima em representar*. Com efeito, entendendo-se pela necessidade de intimação da vítima ou seu representante para que informe, no próprio ato de intimação, se deseja ou não representar, havendo recusa, dois caminhos irão se abrir. De um lado, será possível considerar que a *renúncia expressa* ao direito de

¹⁵ No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 1668091/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020; TJPR - 5ª C.Criminal - 0032557-24.2020.8.16.0000 - Guarapuava - Rel.: Desembargador Renato Naves Barcellos - J. 18.07.2020

¹⁶ Conclusão diversa foi obtida no 2º Encontro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal, *in verbis*: “destacou-se não ser possível qualquer aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/95 aos casos em questão, eis que i) trata-se de disposição transitória específica, não encontrando-se mais em vigor e ii) os temas são absolutamente diversos, tratando o art. 91 de questão de modificação de competência no âmbito do JECRIM, enquanto, no caso do estelionato, existe previsão geral no Código de Processo Penal sobre o tema; logo, não haveria lacuna a ser suprida.” Com entendimentos semelhantes: LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* p. 73 e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** [livro eletrônico]. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

representação deve conduzir à imediata extinção da punibilidade.¹⁷ Haverá quem defenda, porém, que mesmo com essa renúncia expressa, a extinção da punibilidade deverá ficar na dependência do decurso do prazo decadencial, o que implicaria numa eventual suspensão do feito até tal ocorrência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de pretender uma digressão doutrinária, o breve apanhado de ideias aqui realizado objetivou compilar, até a presente data, o comportamento jurisprudencial sobre a temática tratada. A partir dessa compilação, é possível apresentar as seguintes considerações conclusivas:

(i) pontuou-se que tem prevalecido, na jurisprudência (e também na doutrina), que a norma contida no art. 171, § 5º, do Código Penal possui natureza mista (conteúdo processual e material), devendo portanto retroagir em favor do acusado;

(ii) resgatou-se, entretanto, que a representação figura como uma expressão da manifestação da vontade persecutória da vítima, não exigindo qualquer tipo de formalidade;

(iii) com isto, havendo nos autos qualquer ato pretérito da vítima representativo do seu interesse persecutório (v.g. boletim de ocorrência, declarações pretéritas, notícia-crime, etc.) pode ser considerada suprida a nova exigência legal, possibilitando o regular prosseguimento do feito sem a necessidade de renovação do ato;

¹⁷ Nesse sentido: “não oferecendo a representação, o ofendido ou seu representante legal pode renunciar expressamente ao direito independentemente de não se ter realizado a composição dos danos. Embora a situação não esteja prevista expressamente na lei em estudo, tendo ela criada expressamente a renúncia tácita ao direito de representação pelo art. 74, parágrafo único, (item 17.2.1), deve-se por tal razão, aceitar-se a renúncia expressa. Assim, se o ofendido declarar expressamente que não pretende representar, renunciando assim a esse direito, deverá o juiz declarar extinta a punibilidade pela renúncia.” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 2000. p. 81); e TJPR - 3ª C.Criminal - 0001823-37.2009.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: Desembargador Gamaliel Seme Scaff - J. 31.08.2020.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

(iv) quanto ao limite da retroatividade da norma, porém, as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, atualmente, divergem:

(iv.a) de um lado, para a Quinta Turma, a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo em curso, em respeito ao ato jurídico perfeito (oferecimento de denúncia), se tratando de condição de procedibilidade e não de prosseguibilidade;

(iv.a) de outro lado, a Sexta Turma defende que a nova norma deve retroagir aos processos em curso, tendo como limite à retroatividade o trânsito em julgado da ação penal. E, na ausência de representação válida nos autos, deve-se aplicar analogicamente o art. 91 da Lei n. 9.099/95;

(v) de toda forma, em sendo necessário, pode-se aproveitar o mesmo ato da intimação para que a vítima ou seu representante legal se manifeste sobre o interesse na persecução penal. Caso opte expressamente por não dar sequência à persecução, a extinção da punibilidade pode ser declarada de imediato ou ser aguardado o decurso do prazo decadencial, com a suspensão do feito.